



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Evolución de la consulta previa en la jurisprudencia constitucional en Colombia¹

Néstor Julián Bohórquez Guerrero ²

Universidad Católica de Colombia

Resumen

Este trabajo realiza un estudio de los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana respecto al derecho a la consulta previa de las comunidades del país y su relación con otros derechos como el de la diversidad étnica y cultural, el territorio, el medio ambiente y la salud de sus integrantes. A través del amplio escrutinio de las sentencias del alto tribunal constitucional, se seleccionaron los que se consideraron los fallos más relevantes por cuando desarrollan el contenido y alcance de estos derechos para, de esta forma, elaborar un análisis apoyado en la doctrina y la investigación jurídica que ha tratado estos temas.

Palabras claves: Colombia, consulta previa, comunidades indígenas, integridad étnica y cultural, medio ambiente, derecho a la salud.

¹ Artículo de investigación elaborado como trabajo de grado para optar al título de abogado. Sede Bogotá D.C. 2020

² Néstor Julián Bohórquez Guerrero. Cédula de Ciudadanía 1054.678.237. Código 2110768. Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Optante al título de Abogado, bajo la dirección de la Dra. Tania Giovanna Vivas Barrera. Docente Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. E-mail: njbohorquez68@ucatolica.edu.co

Abstract

This paper explores some of the main pronouncements of the Colombian Constitutional Court regarding the right of the indigenous communities to the prior consultation and other rights such as ethnic and cultural diversity, territory, environment, health and well-being. From an extensive study of the High Constitutional Court sentences, there were selected those court decisions considered more relevant because of the development of the content and scope of the mentioned rights above, and based on it, an analysis was prepared, supported by the doctrine and legal investigation who has addressed these topics.

Keywords: *Colombia, prior consultation, indigenous communities, ethnic and cultural integrity, environment, right to health.*

Sumario

Introducción. 1. Desarrollo del análisis por variable derechos fundamentales involucrados. 1.1. Derecho a la integridad étnica y cultural. 1.2. Derecho al uso y goce del territorio. 1.3. Derecho de participación. 1.4. Derecho al ambiente sano. 1.5. Derecho a la salud. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El derecho a la consulta previa es considerado un derecho fundamental como mecanismo de participación de las comunidades étnicas respecto a las decisiones y medidas administrativas o legislativas que puedan afectar, de forma directa o indirecta, su integridad social, cultural, económica, entre otras (Gutiérrez, 2019). Por ello, este trabajo ahonda en el análisis jurisprudencial sobre diversos aspectos atinentes a la consulta previa, entre los cuales están el derecho a la integridad étnica y cultural, el uso y goce del territorio, la participación, el ambiente sano y el derecho a la salud.

A través del análisis jurisprudencial de algunas de las más relevantes sentencias de la Corte Constitucional, se citan las consideraciones más importantes y decisorias del alto tribunal para determinar cuál es su posición y desarrollo sobre la consulta previa en relación con cada uno de estos otros derechos y atributos de las comunidades étnicas en Colombia, no solo las indígenas, sino también las afrodescendientes.

Para ello, se ha hecho no solo la citación y comentario sobre las decisiones judiciales, sino también la apreciación de otros autores que también han desarrollado el tema de la consulta previa desde otras perspectivas y temas relacionados, ello con el fin de poder ofrecer un análisis más completo del pronunciamiento jurisprudencial y así evidenciar sus principales características al referirse a alguno de los temas específicos tratados en este trabajo.

También se ha recurrido al que es quizá el instrumento internacional más relevante sobre los derechos de las comunidades indígenas y aborígenes, el Convenio 169 de la OIT, norma de carácter internacional que cubre una serie de disposiciones que comprometen a los países de la organización en su trato con aquellas culturas, pueblos y etnias que, siendo minoritarias, tienen derechos iguales y mejor protegidos que las naciones hegemónicas a las que pertenecen.

Después de la presentación y análisis de cada uno de los subtemas relacionados con la consulta previa, se elaboran unas conclusiones generales sobre la apreciación jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto al derecho a la consulta previa que, como lo sostiene Fajardo Rojas (2017), “esta figura abarca casi todas las esferas del ordenamiento jurídico, adicional a los problemas generados por la falta de legislación y precisión del proceso, que afecta a diferentes sectores del país incluyendo a las mismas comunidades” (pág. 2).

Así mismo, se ha atendido a la reciente manifestación de derechos y obligaciones ambientales derivados de las consecuencias que para el ordenamiento jurídico colombiano y la sociedad en general (Ramírez, 2018) han generado las decisiones de la Corte Constitucional en materia de desarrollo de esta figura que, como se anotó, ha sido “regulada” por vía jurisprudencial al no existir normatividad o legislación vigente que trate la materia, como lo es el controversial caso de la fumigación con glifosato de cultivos ilícitos y cuyas consecuencias han resultado nocivas para el medio ambiente y la salud de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habitan en territorios próximos a la aspersion de este agente químico (Cadena, 2019).

Se ha considerado que existen dificultades conceptuales concernientes a la forma en que la consulta previa se puede ver relacionada con otros temas conexos como lo son la integridad étnica y cultural, el territorio, la participación, el ambiente sano y la salud de los integrantes de las comunidades étnicas favorecidas con esta medida constitucional.

Por ello, se ha considerado relevante dedicar un estudio jurisprudencial a la conexidad entre la consulta previa y cada uno de estos temas que le son conexos, de forma que se puede evidenciar no solo la relación entre esta figura constitucional, sino también el criterio que ha desarrollado la Corte Constitucional sobre cada uno de estos temas, así como las premisas y argumentos con los que los ha defendido.

Para el desarrollo de este trabajo se ha recurrido al análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana siguiendo, en parte, el modelo propuesto por López Medina (2015) para este tipo de análisis, se seleccionan diferentes tipos de sentencias como lo son los tipos: Sentencias de Tutela - T, Sentencias de Constitucionalidad - C y Sentencias de Unificación de jurisprudencia - SU, se elabora una línea jurisprudencial, teniendo en cuenta las consideraciones y ratio decidendi de los pronunciamientos jurisprudenciales hechos por el alto tribunal constitucional en cada una de las decisiones citadas.

Para ello, se ha recurrido a la consulta de las providencias que han tratado los temas de consulta previa y los subtemas de los que trata este trabajo, trazando así mismo la línea sobre la cual se basa el fundamento de las decisiones más recientes sobre estos ámbitos hasta encontrar o bien la sentencia más relevante sobre el particular (por lo general, una de unificación) o bien la que hubiera sido fundante de dicha línea.

Así mismo, se ha recurrido al acopio de investigaciones que hubieran desarrollado el tema de la consulta previa o alguno de los subtemas abordados en este trabajo, de forma que fuera posible complementar el análisis hecho al pronunciamiento de la Corte Constitucional y, dado el caso, exponer la controversia u otro punto de vista sobre el tema tratado.

Por último, se han elaborado unas conclusiones finales, desarrolladas sobre cada uno de los subtemas investigados, a manera de análisis final sobre la posición de la Corte Constitucional respecto a cada uno de estos.

1. Desarrollo del análisis por variable derechos fundamentales involucrados

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la consulta previa, existen derechos fundamentales que deben ser salvaguardados ante una posible afectación de las comunidades que se encuentren dentro del territorio a intervenir. A continuación, se mencionará los derechos principales que deben proteger:

1.1.Derecho a la integridad étnica y cultural

La Corte Constitucional mediante la sentencia T-605 de 1992 define el concepto de diversidad cultural como:

La relación a las distintas formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo (CP art. 1) y protección de las minorías (CP arts.13, 176 y 265). (Corte Constitucional, T-605 de 1992, Numeral 6, segundo párrafo).

Estas diferentes formas de vida hacen que las comunidades tengan derecho a que se les proteja no solo por el hecho de ser personas, sino también por pertenecer a grupo minoritario y diferenciado que ostentan una inmensa y estrecha relación con la tierra y la naturaleza (Vivas, 2018).

En la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional (1992-2011) se puede observar cómo la Corte protegió el derecho a la integridad étnica y cultural que venía siendo afectado durante estos años, mediante las sentencias T-428 de 1992, SU-039 DE 1997, SU-383 de 2003, C-208 de 2007 y T-698 de 2011 se mostrará cada caso, desde la afectación hasta la decisión que protege el derecho:

En la sentencia T-428 de 1992 la Corte Constitucional concedió la protección del derecho fundamental a la integridad étnica y cultural por existir una legitimación mayor de las comunidades con respecto al interés económico de los pobladores de la zona cafetera. Ahondando en dicha providencia, el gobernador de la comunidad indígena de Cristianía promovió la acción de tutela porque la comunidad indígena estaba viéndose afectada “por la

reparaciones y modificaciones que se hacían con la pavimentación de la carretera” (Corte Constitucional, 1992, párrafo 34) ya que dicha carretera ha ocasionado graves peligros como consecuencia de los deslizamientos por grietas en el terreno, razón por la cual la Corte con el ánimo de frenar dicha afectación expresa que:

Si no se suspende la ampliación de la carretera hasta tanto se hayan efectuado los estudios necesarios para que exista la seguridad de que no se causen nuevos daños y hasta tanto no se indemnice a la comunidad, de tal manera que su situación económica sea restablecida, los indígenas de Cristianía, como tantas otras comunidades de este tipo en Colombia, estarán en serio peligro de desintegración y desaparición. (Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1992, literal (d) párrafo 3 del numeral 2).

Es decir, la Corte Constitucional deja claro que:

(...) Para todos aquellos casos similares al presente, por sus hechos o circunstancias, siempre que se haya ocasionado perjuicios a Comunidades indígenas derivadas de la omisión de normas sobre estudios previos de impacto ambiental para la realización de obras públicas, la doctrina constitucional enunciada en esta sentencia tendrá “**CARACTER OBLIGATORIO**” para las autoridades, en los términos del Artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 (Vivas & Chávez, 2018, pág. 47).

Respecto a la integridad de las culturas indígenas que habitan en el territorio colombiano, la Corte Constitucional ha considerado, en múltiples providencias, que estos pueblos se han ido formando de forma paulatina a través de la historia, razón por la que, en sentencia que resuelve la pretensión del señor Luis Antidio Anama sobre la vulneración de los derechos fundamentales del Cabildo Indígena Yanacona, la Corte (2001) consideró:

La naturaleza humana va trazando las líneas de una nueva estructura, en un proceso vital que congrega un cúmulo de costumbres, tradiciones,

sentimientos, actitudes, característicos de una determinada colectividad. Esta realidad no es extraña a las comunidades indígenas, quienes desde la conquista y colonización europea del continente americano sufrieron la implantación, generalmente violenta, de estructuras políticas, religiosas, económicas y sociales con el fin -hoy por hoy bastante discutible- de “civilizar” a estos pueblos. De lo que sí no cabe duda es del peyorativo proceso de aculturación que desde antiguo han padecido los pueblos indígenas (Corte Constitucional. Sentencia T-1022 de 2001).

Por otra parte, la sentencia SU-039 de 1997, abre el camino para calificar como un derecho fundamental autónomo a la consulta previa. Profundizando en la providencia, las pretensiones que solicitaron los actores (comunidad U’wa) eran las de amparar “los derechos fundamentales de la comunidad, entre estos a la vida, al territorio, a la autodeterminación, así como a la defensa de la cultura étnica” (Corte Constitucional, 1997, párrafo 72), debido a que, la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., había iniciado ante elINDERENA los trámites pertinentes para conseguir la licencia ambiental que necesitaban para realizar las exploraciones sísmicas, licencia que se obtuvo de forma irregular, pues, no se cumplió con el requisito de la participación y consulta de la comunidad U’wa.

Por lo tanto, la empresa al obtener la licencia ambiental de forma irregular vulneró los derechos de participación y consulta previa de las comunidades y, por ende, se vio amenazado el derecho a la identidad étnica, cultural, social y económica ya que este forma parte esencial del derecho a la consulta. La Corte (1997) se refiere de la siguiente manera:

El derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere

la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. (Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997. Párrafo 2)

Por tal razón, la Corte Constitucional ordena que con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental a la participación de la comunidad, se realice la consulta previa con la comunidad U'wa.

Se puede apreciar la importancia que para el máximo tribunal constitucional reviste el hecho de que las comunidades indígenas colombianas hayan tenido que atravesar una historia que ha pretendido socavar y acabar con sus ideas, costumbres, cosmovisión e identidad, razón por la que desde la Constitución Política de 1991³ e instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano, como el Convenio 169 de la OIT⁴ sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, han hecho de Colombia un país que no solo reconoce, sino que también protege la diversidad cultural, tal como lo refiriese la Corte Constitucional en una de las primeras sentencias en que tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el alcance del artículo 7° de la Constitución (Ayala, 2018):

La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanentes reproducciones culturales son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad,

³ Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

⁴ Ratificado mediante la Ley 21 de 1991.

cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcado (Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993).

De esta importante distinción es que se soporta el hecho de que la figura de la consulta sea un requisito indispensable al momento en que los derechos de las comunidades étnicas minoritarias pudieran verse afectados (Viva, Ortega, Rivera, & Parra, 2012), como también lo precisa la Corte Constitucional, al conocer sobre la actuación de la Universidad del Cauca, entidad que presuntamente había desconocido los derechos constitucionales a la educación y a la igualdad, por cuanto no reconoció su condición de bachiller indígena. Al respecto, consideró el alto tribunal:

El artículo 6° del Convenio [169 de la OIT] prescribe, por su parte, las condiciones que deberán cumplir los gobiernos para aplicar el Convenio 169 de 1989. Enfatiza, de un lado, la necesidad de que cada vez que se proponga dictar alguna medida, bien sea de carácter legislativo o bien de orden administrativo - susceptible de afectar los intereses de los pueblos indígenas - es preciso consultarlos por medio de mecanismos apropiados y garantizarles, particularmente, acceso a instituciones donde tales pueblos indígenas tengan representación. Subraya, de otro lado el artículo 6°, la necesidad de asegurar la existencia efectiva de medios que hagan posible esta libre participación de los pueblos indígenas en los asuntos que puedan afectar sus intereses, al menos en la misma medida en que otros sectores de la población participan

en la defensa de sus propios intereses (Corte Constitucional, Sentencia T-1105 de 2008).

Lo anterior, como así lo manifiesta Morales (2014), se refiere al derecho que tienen las comunidades étnicas que pasan a considerarse como sujetos colectivos, con protección especial y reconocimiento constitucional.

Sin embargo, y como se podrá ir viendo a lo largo de este trabajo, existen algunas incompatibilidades entre la interpretación que hace la Corte Constitucional sobre el alcance y modos en que se debe llevar la consulta a las comunidades étnicas minoritarias del país, que no solo hacen referencia a las comunidades indígenas sino también a las afrocolombianas, y la interpretación que el mismo tribunal hace de los instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Algunas de estas fallas se aprecian, por ejemplo, los verbos rectores “consentimiento”, “consulta” y “concertación”, que emplea como si fuesen sinónimos (Fajardo, 2017).

Así, se puede entonces concluir que es a partir de la Constitución de 1991 en donde se categorizó dentro del marco normativo constitucional el derecho a la integridad étnica y cultural como un fin esencial del Estado, dando así un gran paso en defensa de los derechos que ostentan las comunidades indígenas y afrodescendientes (en adelante las comunidades) que habían sido violentados a lo largo de la historia (Vivas, 2012).

Más adelante, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-383 de 2003, protege el derecho fundamental a la integridad étnica y cultural, aclarando que para que sea efectiva la protección y subsistencia de las comunidades se hace necesario adelantar un proceso de consulta cuando pueda existir alguna decisión que llegue afectar directamente a dichas comunidades (Vallejo, 2018).

En dicha Sentencia, la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (en adelante “OPIAC”) mediante tutela solicitó que se protegieran “los derechos

fundamentales a la integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonia Colombiana” (Corte Constitucional, 2003, párrafo 82), en razón a que el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, en cabeza del Estado Colombiano, ordenó “la erradicación por aspersión aérea de los cultivos ilícitos en las zonas rurales de dicho territorio” (Corte Constitucional, 2003, párrafo 84), sin informar y muchos menos consultar a las comunidades. Además, esta aspersión aérea ocasionaba una afectación de primera a mano y un gran impacto negativo a la comunidad, pues, el medio ambiente, las fuentes hídricas y los cultivos forman un conjunto base para el sustento de vida de las comunidades.

Por lo tanto, la Corte Constitucional procedió a amparar dichos derechos fundamentales de los “OPIAC” y ordenó que se realizara la consulta previa de manera efectiva y eficiente con las comunidades sobre las decisiones atinentes al programa de erradicación de cultivos ilícitos que se adelantan en sus territorios.

Y por último, la Corte Constitucional con la sentencia T-698 de 2011 amparó el derecho a la consulta previa al analizar que la Resolución No 0015-010 del 17 de marzo de 2010 expedida por la Secretaría de Planeación y Obras Públicas del municipio de Riosucio concedió la licencia para la construcción de una estación de telefonía celular a la empresa COMCEL S.A. en un predio ubicado en un resguardo indígena, sin que mediara la consulta previa, por lo que alto tribunal consideró que se estaban vulnerando los derechos a la “integridad de estos pueblos, al igual que a la protección de las prácticas sociales y culturales” (Corte Constitucional, 2011, párrafo 127), del resguardo indígena Cañamomo-Lomapieta.

Lo que se evidencia en la decisión adoptada por la Corte es que la licencia de construcción que fue otorgada por la Secretaria de Planeación del municipio de Rio Sucio al ser una medida susceptible de afectación directa, tendría que haberse concertado con la comunidad. Es decir, cuando exista una medida legislativa o administrativa del Estado que cause una afectación directa, que comprometa o repercuta en los intereses propios de las comunidades indígenas, se hace obligatorio consultar previamente a dichas comunidades con el fin de que se les respete sus derechos (Vallejo, 2018). Teniendo en cuenta lo anterior, el

Alto Tribunal reitera que “Cualquier decisión legislativa o administrativa que les resulte virtualmente nociva, en la medida en que pueda impactar sobre su autonomía, diversidad e idiosincrasia de las comunidades indígenas, debe consultárseles en las condiciones exigidas por la jurisprudencia” (Corte Constitucional, Sentencia T-698 de 2011. Numeral 3.1.3).

Caso distinto ocurrió con la sentencia C-208 de 2007 que gira en torno a la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 1278 de 2002, “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente,” que dicta el mecanismo idóneo para la regulación de la forma de acceso al servicio educativo estatal y acoge el sistema de carrera por concurso de méritos, pero no incluye una regulación especial para la vinculación de los docentes indígenas y directivos al servicio educativo estatal, razón por la cual se presenta la demanda por parte del Resguardo Indígena Nasa “KWET WAL” señalando la vulneración del derecho a la diversidad étnica y cultural.

Sin embargo, la Corte Constitucional encuentra que el decreto incurre en una omisión legislativa por no incluir la regulación especial sobre la vinculación de los docentes indígenas pero que no resulta contrario a la Constitución, Pues:

Aun cuando las comunidades indígenas, en virtud de los derechos a la identidad cultural y educativa, son titulares de un tratamiento especial en relación con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes estatales, ello no desvirtúa su sometimiento a las normas constitucionales sobre las formas de acceso, permanencia y retiro de la función pública, las cuales, además, buscan brindarles a todos los docentes estatales, sin distingo de razas, las garantías propias de los sistemas de administración de personal como son la igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad laboral y la posibilidad de ascender dentro de la carrera. (Corte Constitucional, Sentencia C-208 de 2007, Numeral 8)

En consecuencia, al no regular de forma especial la vinculación de los docentes indígenas y directivos al servicio educativo estatal, la Corte decide que “las situaciones administrativas que estaban relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes, al igual que la de los directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena” (Corte Constitucional, 2007, párrafo 269), serán las contempladas en la ley general de educación (Ley 115 de 1994) y ello, como así lo manifiesta la Corte, porque, pese al tratamiento especial, ello no implica que la ley deba hacer discriminación racial, étnica o cultural sobre las formas de acceso, permanencia o retiro de la función pública en razón al principio “de igualdad de oportunidades en el acceso al servicio público, como también a la estabilidad laboral y el derecho a la promoción en la carrera” (Corte Constitucional, 2007, párrafo 293).

1.2. Derecho al uso y goce del territorio

Al hablar del territorio de las comunidades, este se asocia con la explotación económica de los recursos naturales que pudieran encontrarse en el espacio físico en el que habita la comunidad, pero es, así mismo, un lugar en el que se desarrollan los derechos colectivos de la comunidad, tal como lo precisa la Corte Constitucional (1997) al referirse a éste en su sentencia de unificación:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación (Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997).

La Constitución Política de 1991, en su artículo 63, brindó el reconocimiento al territorio de las comunidades étnicas como un bien “inalienable, imprescriptible e inembargable” (Constitución 1991, art. 63)⁵.

Así entonces y tal como lo manifiesta López Martín (2016):

El territorio para los indígenas tiene un significado muy importante ya que representa su ancestralidad, es decir no representa solo el espacio físico como cosa material, sino que tiene un valor inmaterial que es la relación con sus antepasados, cultura, espiritualidad y su conexión con la naturaleza, lo que se entendería en el “sistema socio territorial” de Monnet como la territorialidad, un concepto más complejo que el del simple reconocimiento de su posición colectiva (pág. 2).

De otra parte, la Corte Constitucional también ha sido prolífica al momento de establecer los alcances que el reconocimiento territorial implica para el caso especial de las comunidades indígenas, en concreto cuando se refiere a la administración de justicia y a la autonomía gubernativa existente en estas comunidades, tema sobre el que no se ahondará por no ser objeto de este trabajo, pero sobre el que vale la pena referir el siguiente concepto del alto tribunal constitucional, al revisar la acción de tutela interpuesta por Hernando Chindoy, gobernador del Territorio Indígena Inga de Aponte, indicó que el Cabildo Mayor y el Consejo de Justicia, juzgaron y sentenciaron a dos miembros indígenas de su comunidad a una pena de seis años de prisión” (Corte Constitucional, 2008, párrafo 14), lo que extralimitaba sus facultades. Sobre el particular, la Corte (2008) precisó:

(...) el ejercicio de la jurisdicción indígena es un derecho fundamental de las comunidades tradicionales. Lo que necesariamente implica el respeto y garantía que sus decisiones se harán efectivas. Sin embargo, esta potestad se encuentra limitada por los derechos humanos y debe ser analizada por el juez

⁵ El artículo 63 establece: Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

en cada caso concreto. De la misma manera, ante los conflictos presentados entre la jurisdicción indígena y la ordinaria debe aplicarse el principio de maximización de la autonomía (Corte Constitucional, Sentencia T-1026 de 2008).

Ahora bien, dicho principio de autonomía quedaría relegado a una formalidad o un concepto vacío si no contase con la materialización y poder de decisión ofrecido por la figura de la consulta, razón por la que puede considerarse que la territorialidad constituye uno de los elementos fundamentales por los que la comunidad puede pronunciarse respecto a un proyecto estatal o particular que pudiera afectar sus intereses, entre estos, la defensa de su espacio físico (Ayala, 2018).

El territorio y las comunidades indígenas forman una unidad, así lo señala la Corte mediante Sentencia C-030 de 2008, decisión que giro en torno a la inexecutable de la Ley 1021 de 2006 “Por la cual se expide la Ley General Forestal” y expresa que:

Las comunidades indígenas y tribales establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y que las medidas que sean susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, aunque no hayan sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no se hayan asignado como propiedad colectiva de las comunidades negras, sí hagan parte del hábitat natural de tales comunidades, deben ser objeto de un proceso de consulta previa. (Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008, Numeral .1 Párrafo).

Por otra parte, la sentencia T-547 de 2010 amparó el derecho a la consulta previa el cual, se encuentra inmerso el derecho al uso y goce del territorio, en el entendido que dichos derechos fueron vulnerados por la empresa Brisa S.A cuando realizaron la solicitud ante el Ministerio del Medio Ambiente para el otorgamiento de una licencia ambiental que derivaba la construcción y operación de un puerto multipropósito sin cumplir con los requisitos de la consulta a las comunidades y más aún, cuando este proyecto se adelantaría en una ubicación

“del territorio ancestral de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta en donde se encuentra el cerro sagrado Jukulwa que se utiliza para ceremonias de pago” (Corte Constitucional, 2010, párrafo 16) ⁶.

La Corte (2010) al encontrar una posible afectación directa expresa que:

Es claro que el proyecto puede afectar de manera directa a las comunidades indígenas porque incide sobre su entorno territorial y sobre lugares en los cuales realizan prácticas culturales, razón por la cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en principio, debía haberse surtido un proceso de consulta, para establecer, en primer lugar, las razones por las cuales la misma se consideraba procedente, así como los términos y las condiciones en que debía realizarse, para, luego, establecido que la consulta era necesaria, proceder a consultar formalmente con las comunidades el impacto que para las mismas podría derivarse de la ejecución del proyecto (Corte Constitucional, Sentencia T-547 de 2010, Numeral 5.4. Párrafo 3).

En consecuencia, el alto tribunal ordena tomar las medidas necesarias para prevenir, mitigar o evitar la afectación, así como también la suspensión de las obras y a la realización de un proceso de consulta con dichas comunidades indígenas.

Por tal razón, se puede colegir que a pesar de que las comunidades indígenas no tengan presencia física dentro de la zona o área de influencia de un proyecto, esto no significa que se desconozca que allí puedan ejercer tradicionalmente prácticas o usos que hacen parte de sus costumbres ancestrales en cercanías o dentro del territorio.

En este mismo sentido, la Sentencia T-693 de 2011 resalta el concepto de territorio y explica que “El territorio viene a ser el lugar donde las comunidades indígenas pueden

⁶ Para la comunidad es un acto realizado por los indígenas para pagar y retribuir los beneficios recibidos de la naturaleza a esta misma; con la finalidad de lograr un equilibrio en todos los aspectos, físico, espiritual, energético.

desenvolverse según su cultura, su saber y sus costumbres. Es decir, un espacio físico bajo la influencia cultural y control político de sus propias costumbres.” (Corte Constitucional, Sentencia T-693 de 2011, Numeral 4.5.3.2.).

En dicha providencia, la Corte concedió el amparo del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas de Achagua, Piapoco ubicado en el Resguardo Turpial – La Victoria en el municipio de Puerto López debido a que las empresas Meta Petroleum Limited y ODL vulneraron los derechos a la participación, a la integridad cultural y a la supervivencia de la comunidad indígena por no llevar a cabo el proceso de consulta previa y porque, además, el proyecto petrolero ocasionaba gran impacto a la comunidad ya que el tubo del oleoducto pasaba por el río Meta y este, se encontraba a menos de 50 metros en donde existe un asentamiento tradicional que resultaba ser importante en el ámbito religioso y ecológico para la comunidad, como lo es el Charcón Humapo⁷. Por consiguiente, la Corte (2011) concluye que existe una doble vulneración de los derechos de las comunidades:

De un lado, el derecho de la comunidad a la libre determinación y, en particular, a la participación fueron vulnerados por las autoridades y empresas demandadas al no llevar a cabo la consulta previa, la cual era obligatoria teniendo en cuenta que la construcción del oleoducto iba a intervenir áreas que, si bien no se hallan dentro del resguardo de la comunidad, sí hacen parte de su territorio ancestral debido a las prácticas religiosas, tradicionales y de subsistencia que se llevan a cabo allí. De otro lado, las empresas y autoridades accionadas lesionaron con la intervención misma del territorio indígena el derecho de la comunidad a la integridad cultural y pusieron en riesgo su subsistencia, entre otras razones, porque con la construcción afectaron la espiritualidad de los miembros de la comunidad, al punto que atribuyen al paso del tubo enfermedades y muertes; esta transgresión continúa vigente, de

⁷ Lugar en donde se realizan ceremonias de iniciación para los jóvenes bajo la vigilancia de los ancianos de la comunidad y se efectúan procesos de “inculturación” de niños, relativos a la tradición oral del grupo que buscan recuperar su antigua fortaleza cultural. Corte Constitucional, Sentencia T-693 de 2011, Numeral 1.2.7.

modo que se requieren medidas para ponerle fin y mitigar sus impactos. (Corte Constitucional, Sentencia T-693 de 2011, Numeral 4.7.2.3. Párrafo 1).

Es decir, al no consultar las comunidades, no incluirlos y no hacerlos partícipes dentro de una consulta previa y al intervenir el territorio en lugares en donde se desarrollan actividades religiosas o prácticas de subsistencia que ponían en riesgo sus vidas, hubo doble vulneración de los derechos de las comunidades indígenas de Achagua.

1.3.Derecho de participación

La participación de las comunidades se refiere al derecho que tienen estas para gobernarse, regularse, recibir y administrar recursos, coordinar y promover programas de desarrollo al interior de sus territorios y ejercer la representación frente a las instancias nacionales y territoriales, como lo prevé el artículo 330 de la Constitución Política⁸.

Así mismo, es un derecho establecido en el Convenio 169 de la OIT en el artículo 2, que al respecto señala:

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática

⁸ Que establece: De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

- (a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
- (b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
- (c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida. vida (OIT, Convenio 169, art.2).

Este derecho se ve materializado, para el caso de la consulta previa, en el hecho de que, mediante esta herramienta, es posible promover el respeto por los derechos étnicos y colectivos de las comunidades y, en específico, a su territorio, identidad, autonomía, participación plural y, en general, a lo que constituye su plan de vida (Báez, 2017).

Por otra parte, la Constitución de 1991 incluye como elemento fundamental del Estado Social de Derecho que rige para Colombia, los principios a la pluralidad y a la participación que fijan los fines esenciales del Estado y facilitan “la participación de todos en las decisiones que puedan afectarlos” (Constitución de 1991, Artículo 1-2).

Además, en el párrafo del artículo 330 de la Constitución se le da una connotación especial a participación en el entendido que:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación el

gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades. (Constitución Política de 1991. Artículo 330).

Por su parte, y de acuerdo con Rodríguez y Domínguez (2015):

La Constitución Política de Colombia tiene varios artículos que protegen los derechos de las comunidades indígenas en Colombia, y aunque no hace referencia de manera explícita al proceso de la consulta previa, si reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Artículo 7), establece la imprescriptibilidad, inembargabilidad y el carácter de inalienables de las tierras comunales de los grupos étnicos (Artículo 63) y expone la pugna entre la explotación de los recursos naturales de los territorios de las comunidades indígenas y la afectación que puede tener en los aspectos sociales, económicos y las culturales de los últimos, e instando el gobierno de propiciar espacios de participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones que se adopten en dicha explotación (Rodríguez & Domínguez, 2015, pág. 49).

Después de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia ha venido protegiendo a las comunidades cuando se ha menoscabo su derecho a la participación, así lo ha hecho saber en un sin números de providencias, por un lado, cuando se toman medidas legislativas que afectan directamente a las comunidades como, por ejemplo: la sentencia C-030 de 2008 que declara inexecutable de la Ley 1021 de 2006 (Ley General Forestal), en dicha sentencia, los demandantes consideraban que esta ley violaba el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y la Constitución Política, por lo tanto, se debió realizar a cabalidad el derecho a la consulta previa con las comunidades respecto a esta medida legislativa.

La Corte Constitucional resuelve declarar la inexecutable de la norma en el entendido de que al tratarse de una ley que regula la actividad forestal, debió tramitarse la consulta previa porque esta ley “afectaba directa y específicamente a las comunidades, ya

que contenía políticas generales, definiciones y criterios que podían afectar las áreas en las que se encuentran asentadas las comunidades, y esto podría repercutir en su forma de vivir y su relación con el bosque” (Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008. Numeral 5.3. Literal C).

En el mismo hilo jurisprudencial, la Corte declaró la inexequibilidad de la ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural) mediante la sentencia C-175 de 2009, ya que, según los demandantes, no se consultó a las comunidades respecto de esta norma y debió haberse realizado, pues, esta ley afectaba directamente a las comunidades, porque su finalidad era la de lograr un desarrollo humano sostenible y el bienestar del sector rural en donde ellas hacen parte, y que además, existen normas dentro del Estatuto demandado que abordan temas sobre los derechos de la tierra y el territorio, razón de peso para que las comunidades fueran consultadas.

La Corte Constitucional (2008) en aras de cumplir con su mandato constitucional concluye que:

La ley 1152 de 2007 configura una regulación integral y sistemática sobre el desarrollo rural y el uso y aprovechamiento de la propiedad agraria, régimen jurídico que debió someterse al trámite de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, en razón de la especial connotación que el territorio tiene para estos pueblos, al igual que por la existencia de disposiciones particulares y concretas en el EDR que los afectan directamente. (Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008. Numeral 38).

Por lo tanto, el alto tribunal en su decisión, ampara el derecho a la consulta previa y declara inexecutable de dicha la ley. Y, por último, en la sentencia la C-366 de 2011 que declara inexecutable la Ley 1382 de 2010, por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), ya que se vulneró el derecho a la participación y la consulta previa, pues, se encontró que la ley incidía directamente en los pueblos indígenas, de este modo, la Corte le dio la razón al demandante en donde expresó que dicha ley “afecta gravemente los derechos

de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes que se encuentran ubicados en zonas susceptibles de explotación minera,” razón por la cual debió consultarse su contenido a esas comunidades. (Corte Constitucional. Sentencia la C-366 de 2011, Numeral 3).

Para las decisiones de la Corte en las sentencias referidas anteriormente, es decir las C-030 de 2008, C-175 de 2009, y la C-366 de 2011, la Corte evidenció que la finalidad de los accionantes siempre fue la misma y era la búsqueda de canales o espacios de participación real de las comunidades respecto de las medidas legislativas que se tomaron y que ocasionaban perjuicios a las comunidades, pues dichas medidas afectaban directamente sus territorios, sus derechos étnicos y culturales. Razón por la cual se hacía obligatorio que se realizara una consulta previa con el ánimo de incluir y hacer efectivo el derecho de participación que ostentaban las comunidades para llegar a un acuerdo respecto de las medidas propuestas.

De este modo y con el ánimo de definir el concepto de afectación directa, la Corte Constitucional (2011) lo expresa de la siguiente manera:

Que el criterio de afectación directa que determina la obligatoriedad de la consulta hace referencia a un posible impacto sobre la autonomía, diversidad e idiosincrasia de la comunidad indígena. La Corte ha calificado como eventos de afectación directa las medidas que resulten virtualmente nocivas o que generen una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos. (Corte Constitucional. Sentencia T-698 de 2011, Numeral 4.).

Caso contrario ocurrió con las sentencia C-620 de 2003, providencia que gira en torno a la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 773 de 2002 por vicios de trámite y que fue declarada exequible en su totalidad, la Corte concluyó sobre el derecho a la participación, que, a pesar de existir una medida legislativa que afectaba directamente a las comunidades, se evidenció que se realizó el respectivo proceso de concertación entre el Gobierno Nacional y comunidad indígena Wayúu asentada en el área de las Salinas de Manaure, razón por la

cual acredita que la comunidad Wayúu participó en la adopción de la ley que fue aprobada por el congreso.

Por otra parte, el derecho de participación se ve vulnerado cuando existe un proyecto a realizar dentro del territorio indígena y no se consulta a la comunidad, estos proyectos pueden ser de explotación de recursos minerales dentro de sus territorios, algún proyecto para el desarrollo de la malla vial o cuando se planeen acciones de erradicación de cultivos ilícitos, entre otros.

Las sentencias SU-039 de 1997, T-880 de 2006 y T-300 de 2017 proferidas por la Corte Constitucional hacen mención de cómo ha sido afectado el derecho a la participación y por ende el derecho a la consulta previa, razón por la cual, la Corte en estas providencias ordena que la Consulta Previa debe ser realizada en la mayor brevedad posible.

Mediante la sentencia SU-039 de 1997 ya referida anteriormente sobre el caso de la comunidad U'wa, “aclara y caracteriza al derecho a la participación como un derecho fundamental en el entendido de que es un instrumento básico para preservar la subsistencia como grupo social” (Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997. Párrafo 3.3), por lo tanto, se hace indispensable que cuando exista un proyecto sobre la explotación de recursos naturales que afecte a las comunidades, se realice la respectiva consulta previa con el ánimo de que exista la participación de las comunidades y así puedan manifestar su conformidad o inconformidad sobre el proyecto.

De igual forma, con la sentencia T-880 de 2006, la Corte Constitucional concedió los derechos fundamentales del Pueblo Indígena Motilón Barí a la integridad económica y cultural a la participación, a la consulta previa, pues, primero el Ministerio del Interior y de Justicia otorgó una certificación que los desconoció como comunidad, y segundo, el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial expidió la resolución No 0624 de 2005 que concedió a ECOPETROL S.A. una licencia ambiental para adelantar una explotación y exploración de petróleo en la región de la Gabarra ubicada en el municipio de Tibú y que hace parte de su territorio, sin haber realizado la consulta.

Además, la Corte le ordenó a la empresa ECOPETROL SA., que finalizara toda actividad o labor que estuviera sujeta o en ejecución a la resolución mencionada y que solo podría retomar las actividades hasta tanto se realizara la consulta con la participación de las comunidades indígenas. Siendo esta una medida acorde debido a la exclusión, y a la ausencia de participación de las comunidades en el proyecto que se realizaba dentro de su territorio.

En la misma línea, mediante la sentencia T-300 de 2017, la Corte ordena que se adelante el proceso de consulta previa con el fin de que exista la participación de las comunidades conformadas por cinco cabildos indígenas nasa y un resguardo, ubicados en el Departamento de Putumayo, debido a que se estaban realizando aspersiones aéreas de cultivos ilícitos mediante la ejecución del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos por medio de aspersión aérea con Glifosato (PECIG), programa que lo encabezaba el Estado y que afectaba directamente los territorios indígenas.

De esta forma, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre el contenido de este derecho, ha sido reiterativa en afirmar que los territorios de las comunidades y, en el caso específico, de las indígenas, se ve integrado, fortalecido y protegido por los diversos mecanismos de participación y consulta que rigen sus territorios puesto que este es un aspecto crucial para que las comunidades desarrollen su cosmovisión, modo de vida y formas de inclusión comunitaria.

Al respecto, la Sentencia T-315 de 2019, apoyándose en jurisprudencia reiterativa sobre este asunto, manifestó, al conocer el caso de la acción de tutela promovida por Ana Silvia Secue Pequi, gobernadora y representante legal del cabildo indígena Consejo- Cabildo Páez (Nasa Nejuesh) Jerusalén (Kiwe Wat Fi'nzeni) Yatsaca Pjeuñ U'wajas Yakñisa contra la Secretaría Jurídica de la Gobernación del Cauca y la Alcaldía Municipal de Santander de Quilichao, con el objeto de que le fueran protegidos los derechos fundamentales a la consulta previa, a la identidad cultural, a la autonomía y al debido proceso de la comunidad que representa, los cuales estima vulnerados por las entidades demandadas, al permitir la creación de juntas de acción comunal en su territorio sin haber sido consultados previamente. Expone el fallo (2019):

De igual manera, el artículo 330 superior, dispone que, de conformidad con la Constitución y la ley, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados de conformidad con los usos y costumbres de sus comunidades. Así, es claro el reconocimiento que la Constitución brinda a la diversidad étnica, como manifestación de la multiculturalidad y pluralismo de la sociedad colombiana, a través de la integración de las comunidades indígenas a las visiones y procesos de las mayorías. En igual sentido, les garantiza la participación para de esta manera proteger sus derechos como minorías al crecimiento y desarrollo de acuerdo con sus propias costumbres y valores (Corte Constitucional, Sentencia T- 315 de 2019).

Sobre la participación de las comunidades, González Medina (2016) ha considerado:

A partir de una definición más amplia, la participación política de los grupos étnicos se relaciona con la constitución de una ciudadanía auténtica, con el ejercicio del poder y con la participación de estos grupos por medio de sus creencias, imaginarios y costumbres, mediante el ejercicio de su derecho a la autonomía y la participación consagrado en el Acuerdo 169 de la OIT, así como con formas de intermediación y canalización de intereses de colectivos. De esta manera, la representación y la participación política de los grupos étnicos pasa por las instituciones políticas, las organizaciones sociales, la gestión y la inclusión en las políticas públicas y los procesos electorales, así como por sus propias formas de gobierno y comunitaria (regional, municipal) y su vinculación a los espacios de representación nacional (pág. 58).

1.4.Derecho al ambiente sano:

De acuerdo con lo señalado en diversas providencias de la Corte Constitucional, la Constitución Política de 1991 ha sido llamada y reconocida como una Constitución Ecológica por cuanto varias de sus disposiciones y principios contienen postulados concernientes a la

conservación del medio ambiente; al respecto, y de acuerdo con lo dicho por el alto tribunal, son dos las dimensiones sobre las que se erige la intencionalidad ecológica de la Carta:

1. La que pone en relieve la importancia de garantizar un ambiente sano como medio para garantizar la salvaguarda de los derechos individuales a la vida, la salud y la integridad física (Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 2010).
2. La que no solo pretende la defensa del ecosistema frente al individuo en sociedad, sino también la que le da un carácter ecocéntrico y autónomo como sujeto de protección con independencia de su participación frente a la humanidad (Corte Constitucional, Sentencia C-632 de 2011).

Respecto al derecho a un ambiente sano, ha precisado la Corte Constitucional, también en reiterada jurisprudencia⁹, que:

“(...) el problema ecológico y sus consecuencias son, al presente, una incertidumbre universal” (Corte Constitucional, 1992, párrafo 26), por lo que ha establecido un trípode de defensa al sistema ambiental, que patenta el derecho al ambiente sano en las siguientes dimensiones:

- (i) De un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación (CP art 8).
- (ii) De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales (CP art 79).
- (iii) Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares. Es más, en varias oportunidades, la Corte ha insistido en que la importancia del medio ambiente

⁹ Por ejemplo, las sentencias T-411 de 1992, C-495 de 1996, C-519 de 1994 y C-499 de 2015.

en la Constitución es tal que implica para el Estado, en materia ecológica, "unos deberes calificados de protección".

Ya sobre la consulta previa y el derecho al ambiente sano, la Corte Constitucional ha sido prolífica en el número de providencias que han abordado este tema, siendo la Sentencia SU-123 de 2018 la más reciente en cuanto a unidad de materia. En dicho fallo, que revisa las decisiones judiciales adoptadas sobre la acción de tutela formulada por el Gobernador del Cabildo Indígena Awá La Cabaña contra el Consorcio Colombia Energy y varias entidades públicas con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad cultural, entre otros, debido a las labores de exploración y explotación de hidrocarburos que se realizan en inmediaciones de su territorio, ubicado en el Departamento del Putumayo, el tribunal constitucional precisó que las empresas, y no solo los Estados, tienen la obligación de actuar con una debida diligencia “a fin de poder determinar, prevenir y responder a los perjuicios producto de sus actividades” (Corte Constitucional, 2018, párrafo 53), por lo que, acogiendo los denominados principios Ruggie (2018)¹⁰, sostuvo:

(...) confirman la máxima bien establecida del derecho internacional de que (i) los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos, por ejemplo, contra violaciones cometidas por las empresas comerciales y otras terceras partes, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; pero que las [sic] (ii) las empresas deben respetar los derechos humanos, actuando con la debida diligencia para no vulnerar los derechos humanos o contribuir a vulnerarlos; y que existe (iii) la necesidad de que sean establecidas vías de recurso efectivas para reparar las violaciones cuando se producen (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018).

De esta forma, la Corte Constitucional ha considerado que la consulta previa es también una garantía de justicia ambiental para los pueblos indígenas o tribales¹¹.

¹⁰ Denominados así por su creador, John Ruggie, quien los definió como “los principios relativos a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos” (Panorama RDIH, 2015).

¹¹ Así lo ha manifestado en las sentencias T-294 de 2014, SU-133 de 2017, SU-217 de 2017 y T-272 de 2017.

Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado que, en virtud de la protección del derecho al medioambiente sano de las comunidades indígenas y étnicas, aquellos proyectos que involucren afectaciones a los recursos naturales y el ambiente, debe surtirse un proceso de consulta previa que permita a estas comunidades identificar el tipo de afectaciones que se pueden presentar y concertar las medidas de mitigación y tratamiento de dichas afectaciones.

Este tribunal ha puesto en evidencia a través de varias de sus sentencias como la vulneración del derecho a la consulta previa, termina afectando el derecho al medio ambiente sano de comunidades indígenas y étnicas, un ejemplo de lo anterior es la sentencia T-080 de 2017 que como consecuencia de la fumigación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea de glifosato, sobre los territorios de la comunidad Carijona que habita en el resguardo de Puerto Nare, (Guaviare), y que se llevaba a cabo de forma inconsulta, estaba afectando la salud y el medio ambiente de las comunidades, razón por la cual la Corte Constitucional ampara los derechos a la consulta previa, el ambiente sano entre otros.

Posteriormente, la sentencia T-300 de 2017 en temas relativos sobre aspersión de cultivos ilícitos, pero en distinta zona de comunidades indígenas como lo son las pertenecientes a Asociación Consejo Regional del Pueblo Nasa del Putumayo Kwe'x Ksxa'w, siguió la misma línea jurisprudencial, en este sentido, la Corte resolvió la tutela a favor de dichas comunidades debido a que el Gobierno Nacional no adelanto la consulta previa y, por lo tanto, con dicha aspersión afectó la integridad física, cultural, social y económica de las comunidades estando conexos los derechos a la vida y al ambiente sano.

Habría que decir también, que con la sentencia SU-123 de 2018, la Corte Constitucional concedió el derecho a la consulta previa y al ambiente a las comunidades del Cabildo Indígena Awá La Cabaña ubicadas en departamento del Putumayo como consecuencia de la vulneración a los derechos mencionados por parte de Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), el Consorcio Colombia Energy, conformado por VETRA E&P Colombia S.A.S, Petrotesting Colombia S.A y

Southeast Investment Corporation, esto debido a que se inició y se amplió un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos sin haber concertado con la comunidad y que, además, ocasionaba una afectación directa, pues, la explotación petrolera ha impactó negativamente el ambiente y comprometió la reproducción de sus prácticas culturales, sociales y económicas, como la caza y pesca. Al respecto la Corte (2018) expresa que:

Las afectaciones directas verificadas sobre la comunidad indígena Awá La Cabaña, causadas por las medidas administrativas ambientales que autorizaron la ejecución del proyecto sin la consulta previa de la comunidad, vulneraron los intereses constitucionales y la calidad de vida ambiental Awá La Cabaña, habida cuenta de que se menoscabó: i) el ecosistema del que derivan su subsistencia; ii) modo de vida e identidad cultural; iii) sus valores y tradiciones sociales, culturales y espirituales; iv) sus cosmovisiones y la relación inescindible característica con los recursos naturales; v) la preservación de sus modos de producción y la economía tradicional; vi) el acceso y locomoción a zonas aledañas que utiliza la comunidad; vii) el traspaso de historias, tradiciones y otras manifestaciones culturales de generación en generación; y viii) el empleo y la producción de sus medicinas tradicionales y la conservación de sus plantas y animales esenciales. Por tanto, existía y existe la obligación de realizar la consulta previa con la comunidad Awá La Cabaña. (Corte Constitucional. Sentencia SU-123 de 2018. Numeral 21.21).

Por lo tanto, cabe concluir que el derecho al ambiente sano es indispensable para la subsistencia de las comunidades indígenas, pues, su cosmovisión radica en que la naturaleza es el vientre de la vida, está ligada con su existencia y es el fruto que alimenta sus almas, al punto de existir una comunión entre la naturaleza y las comunidades.

1.5. Derecho a la salud

Respecto al derecho a la salud, ha señalado la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, que este es un derecho fundamental, protegido por tres vías al revisar la Corte

(2008) de forma conjunta las decisiones tomadas por varios juzgados y tribunales del país contra Entidades Promotoras de Salud (EPS) que se negaban a prestar servicios de salud:

La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. A continuación, pasa la Corte a delimitar y caracterizar el derecho a la salud, en los términos en que ha sido consignado por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y la jurisprudencia (Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008).

De esta forma, en el ámbito nacional este derecho tiene su soporte en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991, y lo define como un derecho de doble connotación, pues, por una parte, está catalogado como derecho fundamental y por otra parte como un servicio público, sin embargo, únicamente se tomará en cuenta en esta investigación como un derecho fundamental (Vivas, 2018).

De ahí que, la Corte Constitucional mediante la jurisprudencia ha protegido el derecho a la salud y así lo ha hecho entender mediante la sentencia SU-217 de 2017, sin embargo, en el 2003 con la sentencia SU-383 de 2003, que fue relacionada anteriormente en el desarrollo del derecho a la integridad étnica y cultural y que gira en torno a la erradicación por aspersión de cultivos ilícitos, la Corte en su decisión no amparó el derecho a la salud, no obstante, el Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, se separa de la decisión mediante el salvamento de

voto, debido a que no protegieron los derechos a la salud y al ambiente sano sabiendo que, estos se encontraban en íntima conexión con el derecho a la vida.

En la Sentencia T-080 de 2017, concerniente a los derechos fundamentales a la consulta previa, a la vida, entre otros, de las comunidades indígenas que se ven afectados por la fumigación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea sobre los territorios, manifestó la Corte que (2017):

(...) En el caso concreto, la comunidad accionante no alegó una violación de su derecho a consumir la coca, sino que denunció afectaciones a los cultivos lícitos, a la salud de los miembros de la comunidad, a la seguridad alimentaria y a las fuentes hídricas. La Sala ordenó a las entidades accionadas realizar un proceso de consulta “con la finalidad de adoptar medidas de etno-reparación y compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios por el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato, que garanticen su supervivencia física, cultural, espiritual y económica” (Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 2017).

De este modo, el derecho a la salud es vital para la subsistencia y la preservación de las comunidades indígenas, pues, está ligado con el derecho a la vida.

Conclusiones

Sobre el derecho a la integridad étnica y cultural, se ha podido apreciar que la defensa que hace la Corte Constitucional de la consulta previa como medio para garantizar la integridad étnica y cultural de las comunidades parte de la aceptación que se hace de la diversidad social que la Carta Política ha reconocido a estos grupos como sujetos colectivos autónomos y no como la simple suma de sus miembros, razón por la que sus decisiones parten de los modos de vida, cultural, cosmovisión y antecedentes sociales de estas comunidades y desde este razonamiento, no sería consecuente que la diversidad étnica quedara limitada solo

a un pronunciamiento normativo, sino que este se ve materializado por el goce de derechos que les permitan conservar la integridad étnica y cultural, lo que, entre otras cosas, implica que sus decisiones y manifestaciones de autonomía y autoridad tengan consecuencias reales para estas comunidades.

Así, se puede considerar que, de todos los temas que la Corte protege con más ahínco y que aparece con mayor frecuencia en las revisiones de tutela o constitucionalidad en las que está comprometida la defensa de las comunidades, es el concerniente a la defensa al derecho a la integridad étnica y cultural puesto que es este del que parten los demás derechos reconocidos a las comunidades, y no solo desde la Carta Política, sino en instrumentos internacionales tan relevantes como el Convenio 169 de la OIT.

Por ello, el desconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana implicaría no solo la inobservancia de otros derechos de las comunidades, sino que reorientaría lo que fue el discurso o idea que predominó en Colombia hasta bien avanzado el Siglo XIX consistente en que la unidad nacional y, por ende el progreso, solo eran posibles si se eliminaba la diversidad y se unificaba la idiosincrasia, idea que se probó no solo equivocada, sino también generadora de mayores conflictos sociales (Muñoz, 2009).

En cuanto al derecho al uso y goce del territorio, se pudo evidenciar que la Corte Constitucional defiende este derecho, desde la consulta previa, como un medio que concreta la existencia fáctica y espacial del territorio al ser considerado este como un aspecto fundamental para la idiosincrasia indígena, y fundamental para la realización del proyecto de vida y comunitario de otras etnias, debido a la relación que la comunidad ha tejido y formado en torno a este, en donde se desarrollan aspectos tan relevantes como la cultura, la espiritualidad, la conexión con la naturaleza, la extracción de los recursos y sustento material de la comunidad, entre otros. Por ello, para la Corte resulta de considerable relevancia el hecho de que, a través de la consulta previa, se haga manifiesta la defensa de la territorialidad de las comunidades, puesto que las consultas tendrán incidencia, directa o indirecta, en el espacio geográfico que ellas ocupan.

Así mismo, este derecho ha sido reconocido por la Corte Constitucional como uno de los más relevantes para la existencia e integridad de las comunidades puesto que, sin un espacio físico en el que puedan desarrollar elementos claves para su existencia como las manifestaciones culturales, la convivencia, la explotación económica de la tierra para sus sustento y un espacio al que puedan llamar propio, inalienable, intransferible e imprescriptible, serían comunidades vacías, vulnerables a la desaparición y a la desintegración, como lo demostrara la experiencia histórica y el discurso de las luchas indigenistas en Colombia, Latinoamérica y todos los litorales del mundo en los que las comunidades nativas se han visto violentadas por la denominada sociedad mayor.

De ahí que la defensa ejercida por la Corte Constitucional sobre este derecho y su vinculación con la consulta previa, sea tan manifiesta y esté estrechamente relacionada con la concesión de permisos para accesibilidad y la explotación de los recursos naturales que pudieran encontrarse en estos territorios.

Con relación al derecho a la participación, la Corte lo ha considerado, a través de la consulta previa, como una extensión de los derechos políticos y administrativos de las propias comunidades para la defensa, protección y desarrollo de sus territorios. Por ello, la participación se materializa y concreta en la oportunidad que tienen las comunidades a pronunciarse en la consulta que debe realizarse cuando sus territorios y comunidades pudieran verse afectadas.

Por lo anterior, puede también considerarse que este derecho responde a la materialización de los derechos anteriores (diversidad y territorialidad) puesto que, si no fuese posible que la comunidad se manifestara por medio de sus mecanismos, formas y procedimientos de participación, la consulta previa no tendría una razón de ser y solo sería un requisito vacío en el que finalmente primarían los intereses de aquellos que desean intervenir en los territorios de las comunidades.

De esta forma, el derecho a la participación de encuentra no solo materializado en la toma de la decisión de la comunidad, sino también en las consecuencias de dichas decisiones

puesto que de nada serviría que la comunidad se manifestara en contra de una intervención si de todas formas esta se lleva a cabo, pasando por alto la voluntad de la comunidad consultada.

Y finalmente, lo que corresponde al derecho al ambiente sano y a la salud, como se ha podido apreciar, estos dos derechos se ven, para el caso de la consulta previa, conexos por cuanto tienen una relación estrecha uno con el otro, puesto que su defensa repercute de forma directa entre sí. Para la Corte Constitucional por conexidad con la salud el ambiente sano adquiere también la relevancia de derecho fundamental y por ello, ha llegado incluso a proteger este derecho contra medidas como la fumigación con glifosato.

Al igual que el derecho anterior y, ligado estrechamente al concepto de territorialidad, el ambiente sano y la salud se pueden considerar como desarrollo de los anteriores y su defensa repercute en el hecho de que, una vez la comunidad ha dado su consentimiento para que su territorio sea intervenido, ello no puede implicar que deban soportar los daños medioambientales y a su salud.

El desarrollo, protección y materialización de este derecho es incluso beneficioso no solo para las comunidades, sino también para quienes desean intervenir en los territorios puesto que, si no existiese esta condición de sanidad y salubridad, las comunidades simplemente se verían abocadas a no permitir ningún de intervención y ello generaría mayores dificultades para todos los interesados.

Por ello, resulta primordial la defensa y realización a cabalidad de este aspecto tan importante para la subsistencia ambiental y sanitaria de las comunidades, puesto que desarrolla elementos y principios recíprocos como el de la confianza con la sociedad mayor y el compromiso de esta por respetar los derechos y existencia de las comunidades.

Referencias

Ayala, P. A. (2018). Deficiencias en la reglamentación de la consulta previa en Colombia. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Báez, Á. M. (2017). El concepto de territorio en la cosmogonía indígena en Colombia: un estudio jurídico sobre la relación del concepto de territorio indígena y sus mecanismos de protección por parte del Estado. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Cadena, L. (2019). El derecho a la consulta previa en los pueblos indígenas, como garantía de protección cultural y ambiental en Colombia. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Corte Constitucional, 20 de septiembre de 2001. Sentencia T-1022 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Gaspar Caballero Sierra y José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, 6 de noviembre de 2008. Sentencia T-1105 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra.

Corte Constitucional, 3 de febrero de 1997, Sentencia SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, 17 de octubre de 2008, Sentencia T-1026 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, 1 de julio de 2010, Sentencia T-547 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza.

Corte Constitucional, 16 de julio de 2019. Sentencia T- 315 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo.

Corte Constitucional, 24 de agosto de 2011. Sentencia C-632 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

Corte Constitucional, 15 de noviembre de 2018. Sentencia SU-123 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos; Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional, 31 de julio de 2008. Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional, 7 de febrero de 2017. Sentencia T-080 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Fajardo, L. M. (2017). La errónea interpretación de la jurisprudencia en relación con la consulta previa y su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Gutiérrez, N. E. (2019). La consulta previa y su influencia en los proyectos de interés nacional estratégico en Colombia. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Martín, C. L. (2016). El derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas: un estudio comparado entre Colombia y Perú desde un enfoque territorial. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Medina, D. E. (2015). El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá, Legis.

Medina, J. A. (2016). Integración de minorías étnicas por medio de los sistemas electorales: análisis comparativo Colombia-Chile. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Morales, J. (2014). La consulta previa: Un derecho fundamental. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Muñoz, L. D. (20 de septiembre de 2009). Territorio nacional, cartografía y poder en la Nueva Granada (Colombia) a mediados del siglo XIX. Obtenido de *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM*: <https://journals.openedition.org/alhim/2907#quotation>

Panorama RDIH. (2015). ¿Qué son los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos? Obtenido de https://panorama.ridh.org/que-son-los-principios_rectores-sobre-empresas-y-derechos-humanos/

Ramírez, Y. A. (2018). Alcance jurídico del derecho a la consulta popular y la consulta previa a partir del reconocimiento de la participación ciudadana en el desarrollo de conflictos ambientales en Colombia. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Rodríguez, G., & Domínguez, D. (2015). Las rutas de la consulta: Una discusión sobre la reglamentación de la consulta previa, libre e informada. Bogotá: Instituto Latinoamericano para una sociedad y unos derechos alternativos.

Rojas, L. M. (2017). La errónea interpretación de la jurisprudencia en relación con la consulta previa y su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Vallejo, G. (2018). Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento para la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y tribales. En F. R. León, Trabajo, desarrollo y justicia social: cien años de la OIT (págs. 85-109). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Vallejo, G. (2018). La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales de las medidas legislativas y administrativas. En F. R. León, Trabajo, desarrollo y justicia social: cien años de la OIT (págs. 111-142). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Vivas, T. G. (2012). Control al juicio de proporcionalidad de la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Novum Jus*, 6 (2), 29-68.

Vivas, T. G. (2018). Le droit constitutionnel colombien à géométrie variable. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23 (2).

Vivas, T. G., & Chávez, E. (2018). Responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos. En J. Cubides, Responsabilidad Internacional y Protección ambiental: En tiempos de paz, en medio del conflicto y en etapas de posconflicto (págs. 1-62). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Vivas, T., Ortega, L., Rivera, N., & Parra, L. (2012). Minorías étnicas en la jurisprudencia de los sistemas regionales europeo e inter americano de protección de derechos humanos. *Revista Novum Jus*, 6 (1), 29-68.